ZEITSCHRIFT

FÜR DAS

PRIVAT-

UND

ÖFFENTLICHE RECHT

DER GEGENWART.

Unter ständiger Mitwirkung
der
Mitglieder der Wiener juristischen Facultät
herausgegeben von

DR. C. S. GRÜNHUT,
ord. Professor an der Universität Wien.

Sechster Band.

Mit Register zu Band VI.

WIEN, 1879.

ALFRED HÖLDER,
K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
Rothenthurmstrasse 15.

IX.

Rechtsnorm und subjectives Recht

mit Beziehung

auf das gleichnamige Werk von A. Thon.[1])

Von **Dr. A. Merkel**, ord. Professor in Strassburg.

A. Thon bietet in dem in der Ueberschrift genannten Werke eine Bearbeitung der juristischen Hauptbegriffe. Vor Allem hat er es sich zur Aufgabe gestellt, „den Begriff des subjectiven Rechts einer erneuten Prüfung zu unterziehen". Es ist dies kein willkürlich gewähltes Thema. Vielmehr liess der Stand der Dinge im Bereiche der Privatrechtswissenschaft eine gründliche Analyse des erwähnten Begriffs in einem speciell hierauf gerichteten Werke längst als ein Bedürfniss empfinden. Um jener Aufgabe gerecht zu werden, vertieft sich Thon zunächst in Untersuchungen über den Begriff des objectiven Rechts und über die Rechtsfolgen der Verletzung desselben, sowie über das Verhältniss, in welchem die Einzelnen zu dem Inhalte der dasselbe bildenden Gebote und Verbote stehen. Im Zusammenhang mit den Ergebnissen dieser Untersuchungen gelangt er hinsichtlich des subjectiven Rechts zu einer Scheidung dessen, was man gegenwärtig meist mit diesen Worten bezeichnet, in vier verschiedene Begriffe — Anwartschaft auf Ansprüche, Normenschutz, Genuss der normgeschützten Güter und Befugniss —, deren verschiedene Bedeutung näher von ihm dargelegt wird. Seine

[1]) Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, von Dr. A. Thon, Prof. zu Rostock. Weimar 1878.

Stützpunkte sucht Thon vornehmlich, wenn auch keineswegs ausschliesslich im Gebiete des Privatrechts, und die Ergebnisse seiner Untersuchungen werden im Wesentlichen nur für dieses verwerthet.

Die behandelten Fragen gehören indessen ihrer allgemeinen Fassung nach keiner der juristischen Theilwissenschaften ausschliesslich an. Vielmehr haben dieselben eine Beziehung auf sämmtliche in das Gebiet unserer Wissenschaft fallende Verhältnisse und Vorgänge und können nur im Hinblick auf die Gesammtheit derselben eine befriedigende Erledigung finden. Sie gehören sonach dem allgemeinen Theile der Rechtswissenschaft (B. I. dieser Z. H. I. u. II.), welcher mit der Rechtsphilosophie zu identificiren ist[2]), oder wie Thon sich ausdrückt, der allgemeinen Rechtslehre an. An dieser zu arbeiten sind die Vertreter der besonderen juristischen Disciplinen gleichmässig berufen, insofern ihr Blick über das Gebiet ihrer Specialforschungen hinausreicht und sie die Ergebnisse der letzteren im Hinblick auf das Ganze des Rechts- und Gesellschaftslebens zu prüfen und fruchtbar zu machen vermögen.

Dass dies bei Thon der Fall sei, wird durch das vorliegende Werk zur Genüge bewiesen. Auch folgt man seinem Gange mit einer von der Zustimmung zu den Ergebnissen unabhängigen Befriedigung wegen der Durchbildung der vorgetragenen Gedanken und der überall gewahrten wissenschaftlichen Besonnenheit. Das leitende Interesse ist bei ihm ein formales: es ist in der Hauptsache nicht auf die Erweiterung unserer Einsicht in die Natur, den Zusammenhang und die Gründe der in Betracht kommenden Verhältnisse, sondern auf eine davon unabhängige Kritik überlieferter Definitionen, Unterscheidungen und Zusammenfassungen, sowie der Einreihung bekannter Thatsachen in die überlieferten Rubriken, gerichtet. Damit steht es in einem gewissen Zusammenhange, dass bei ihm, wie bei der grossen Mehrzahl der Theoretiker unseres Fachs der Sinn für die Analyse, für subtile Unterscheidungen und für die Hervorkehrung der Besonderheiten das Interesse an

[2]) Die im ersten Hefte dieses Jahrganges von Schütze gegen diese Identificirung gerichteten Ausführungen sollen in anderem Zusammenhang berücksichtigt werden.

der Erforschung dessen, was den Instituten gemeinsam ist, und einerseits auf gleiche Ursachen, andererseits auf gleiche Wirkungen hinweist, überwiegt.

Ich hebe im Folgenden die Hauptansichten, welche in dem Werke entwickelt sind, gesondert hervor, um jedesmal einige eigene Betrachtungen damit zu verbinden. Die Würdigung des reichen Details bleibt Anderen überlassen.

Das Recht im objectiven Sinne ist nach Thon ein Inbegriff von unter sich verbundenen Imperativen, Geboten und Verboten, in welchen der Wille der Gemeinschaft (der „allgemeine Wille") zum Ausdruck kommt. Dieselben richten sich an den Willen der Einzelnen, und ihre Bestimmung ist es, menschlichen Interessen Schutz und beziehungsweise (in Form der Gebote) Förderung zu gewähren. Von diesen Imperativen sind begrifflich die Folgen zu scheiden, welche das Recht mit der Verletzung seiner Vorschriften verknüpft. Mit dem Wesen des Rechts hat die Anordnung solcher Folgen an sich nichts zu schaffen. Die Vorschrift: „Du sollst nicht stehlen" ist daher Rechtsvorschrift unabhängig von den rechtlichen Folgen des Stehlens. Insbesondere ist der Zwang, der den Uebertreter der Rechtsvorschrift treffen kann, kein wesentlicher Bestandtheil im Begriff des Rechts. Diese rechtlichen Folgen der Uebertretung bestehen übrigens nach Thon lediglich in dem Eintritt neuer und in der Zurücknahme bisheriger Imperative, in einem neuen Sollen und Dürfen, nicht in irgend einem factischen Geschehen. So hat der Mord nicht etwa die Hinrichtung des Mörders zur Rechtsfolge, sondern das Hervortreten gewisser an die Organe der Strafjustiz gerichteter und die Zurücknahme anderer, den Schutz des schuldig gewordenen Individuums bezweckender, Imperative. Analog werden die rechtlichen Folgen legitimer Handlungen charakterisirt. Demgemäss wird das Rechtsgeschäft definirt als eine menschliche Handlung, an deren Vornahme die Rechtsordnung den Eintritt oder das Aufhören bestimmter Imperative im Voraus geknüpft hat. Vom Verbrechen unterscheidet es sich dadurch, dass es als das Mittel zur Hervorrufung dieser Rechtsfolgen von der Rechtsordnung im Voraus bezeichnet und den Geschäftsfähigen zu beliebiger Benutzung überlassen wird. Die neuen Imperative, welche im Falle einer Ueber-

tretung lebendig werden („secundäre“ Imperative), fallen gleich den übertretenen („primären“) Imperativen unter den Gesichtspunkt der Mittel, durch welche die Rechtsordnung ihre Zwecke erreicht. Hinsichtlich dieser Zwecke aber wird im Allgemeinen keine Uebereinstimmung zwischen primären und secundären Geboten vorausgesetzt (jedoch 224 Anm. 2). Auch besteht nach dieser Auffassung kein gesetzmässiges Band zwischen beiden. So erscheint es weder durch die Natur des Rechts, noch durch eine logische, psychologische oder historische Nothwendigkeit begründet, dass die Verletzung bestimmter Rechtsvorschriften Strafbefehle lebendig werden lässt, und der Zweck dieser Strafbefehle hat mit dem Zweck der verletzten primären Gebote an sich nichts zu schaffen. Während die letzteren den Schutz beliebiger Interessen bezwecken können, sind die ersteren lediglich auf die Befriedigung des Gerechtigkeitstriebs gerichtet (S. 5 oben, Anm. 17, S. 65, 69, vgl. jedoch S. 26). Die secundären Gebote und beziehungsweise die Rechtsfolgen der Uebertretungen unterscheiden sich ihrerseits wieder durch die Zwecke, welchen sie dienen. Die Existenz einer wesentlichen Verwandtschaft zwischen ihnen wird nicht angenommen. Den Strafgeboten werden Gebote zum Zwecke der Ausgleichung gegenübergestellt. Die letztere umfasst Erfüllung, Entschädigung und Sicherung. Durch die erste soll das mittelst des nichtbefolgten Imperativs Angestrebte nachträglich noch herbeigeführt werden, durch die zweite dem durch die Uebertretung Verletzten anderweit Entschädigung gegeben, durch die dritte künftigen Uebertretungen vorgebeugt und die Besorgniss vor solchen gemindert werden. —

Diese Auffassung Thon's enthält, ebenso wie die Begründung und Entwicklung derselben, neben Anzuerkennendem viel Anfechtbares.

Zuzustimmen ist unbedingt seiner Verwerfung der Ansicht einiger schnellfertigen Urtheiler, welche die Norm vollständig aus dem Begriffe des Rechts ausgeschlossen und dieselbe der Moral und Religion zu ausschliesslichem Eigenthume zugewiesen haben wollen. Seine eigene Ansicht aber, nach welcher das Recht nichts sein soll als ein Complex von Imperativen, lässt ebenfalls gewichtige Einwendungen zu. Da

dieselbe das ganze Werk beherrscht und dessen Eigenthümlichkeit wesentlich bestimmt, so soll etwas ausführlicher darauf eingegangen werden.

Es ist ihr zunächst entgegenzusetzen, dass sie der Zweiseitigkeit des Rechts, vermöge welcher es bei der Gestaltung der Lebensverhältnisse regelmässig auf einer Seite ein Sollen und beziehungsweise Müssen, auf der andern Seite ein Dürfen und beziehungsweise Können begründet, und also die Functionen des Gebietens und Bindens mit denjenigen des Erlaubens und Gewährleistens in sich verbindet, nicht gerecht wird. Die eigenthümliche Bedeutung des Dürfens in der Sphäre des Rechts lässt sich aus dem Begriffe des Ge- (Ver-) botes und beziehungsweise des Sollens nicht ohne Weiteres ableiten, wie sich bei einer Vergleichung der Gebote des Rechts mit denjenigen der Moral oder Religion sofort ergibt. Diese bestehen wesentlich aus Imperativen, aus welchen sich ein System von Pflichten ableitet, welchen nicht wie im Bereiche des Rechts ein gewährleistetes Dürfen in einem Systeme von Rechten im subjectiven Sinne gegenübertritt.

Das Dürfen bezeichnet die active Seite der Rechtsverhältnisse (ohne dieselbe übrigens vollständig zu charakterisiren), die Seite der geschützten Interessen, auf welcher für die juristische Betrachtung der Schwerpunkt liegt. Active und passive Seite der Rechtsverhältnisse entsprechen sich freilich in der Art, dass wir in der Regel nur eine zu bestimmen brauchen, um das Ganze zu charakterisiren. Aber es ist dies nur möglich, weil unsere Kenntniss der allgemeinen Natur der Rechtsverhältnisse uns aus dem, was über die eine Seite gesagt wird, auf die andere schliessen lässt. Eben deshalb gilt es, die „Grundgedanken des Rechts“ (Thon 293) in einer Weise zu bestimmen, welche dem fraglichen Momente gerecht wird. Uebrigens kömmt das Uebergewicht der activen Seite des Rechtsverhältnisses in zahlreichen Bestimmungen zum Vorschein. Hierher gehört es, dass das Dürfen unter Umständen unverändert fortbesteht, obgleich hinsichtlich des auf der passiven Seite des Rechtsverhältnisses regelmässig vorauszusetzenden Sollens eine Aenderung vor sich gegangen ist. Man denke etwa an den Erfüllungszwang in seiner Richtung gegen Unzurechnungsfähige. Das Dürfen bleibt hier im alten Um-

fange mit der vollen Rechtshilfe ausgestattet, obgleich auf der Gegenseite das Sollen abgestorben und nur ein Müssen übrig geblieben ist. (Uebereinstimmend Thon 201 oben.) Oder an die erlaubte Selbsthilfe, welche unabhängig davon ist, ob auf der passiven Seite die Verletzung einer Pflicht — eines Sollens — vorliegt. Es gehört hierher, was Thon über das „schuldlose Unrecht" und dessen rechtliche Folgen ausführt (wobei ihm freilich der Schluss, der sich hinsichtlich der selbstständigen Bedeutung des Dürfens hieraus ergibt, durch eine Fiction verdeckt wird, deren unten gedacht werden soll). Die erlaubende, ermächtigende, gewährende und bzw. garantirende Seite des Rechts entwickelt in den betreffenden Fällen ihre praktischen Consequenzen, während die gebietende, pflichtbegründende, durch das blos objective Unrecht nicht berührt wird. Vergeblich bestreitet daher Thon (S. 292 flg.) die relativ selbstständige Bedeutung jener Seite. Sie tritt u. A. in der Fassung zahlreicher Bestimmungen des Privat- und öffentlichen Rechts hervor, insofern darin nur die Rechte definirt sind, nicht die Pflichten, und jene ohne Beziehung auf die Verschiedenheiten, welche auf der passiven Seite der Rechtsverhältnisse hervortreten können. Hierher gehören aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts z. B. Bestimmungen, wie sie das Gesetz gegen die Socialdemokratie in §. 20 enthält, welcher die Centralbehörden der Bundesstaaten ermächtigt, mit Genehmigung des Bundesraths unter gewissen Voraussetzungen eine Art von Belagerungszustand zu verhängen. Man mache den Versuch, den Inhalt dieses Paragraphen in erschöpfender Weise in die Form blosser Imperative zu kleiden, und man wird erkennen, dass diese Form eine künstliche und dem Gegenstande nicht adäquate sein würde.

Da ich hier auf die Natur des Rechtsverhältnisses Bezug genommen habe, so bemerke ich ein- für allemal, dass mir gewisse Einseitigkeiten, welche das von Thon entwickelte Gedankensystem m. E. zeigt, mit dem Umstande zusammenzuhängen scheinen, dass neben den Begriffen des objectiven und des subjectiven Rechts der Begriff des Rechtsverhältnisses keine entsprechende Berücksichtigung gefunden hat.

Eine von der bisher besprochenen verschiedenen Frage ist, ob das „blosse" Dürfen, bezüglich dessen keine Rechtshilfe

gewährt wird, den Begriff des subjectiven Rechts, das „blosse“ Erlauben, ohne Aufstellung von Garantieen für das Können, den Begriff des objectiven Rechts erfülle. Diese Frage ist mit Thon (S. 293) im Allgemeinen zu verneinen. Aber es gilt hier für das Dürfen und das Erlauben nichts Anderes wie für das Sollen und das Gebieten. Wenn nicht Garantieen für ein entsprechendes Verhalten geboten werden, so erfüllen diese ebensowenig den Begriff der Rechtspflicht und des Rechtsgebotes, wie jene unter den erwähnten Voraussetzungen den des subjectiven Rechts und der berechtigenden Norm. Damit aber treten wir von einer anderen Seite her auf's Neue in Widerspruch mit der Thon'schen Ansicht vom Wesen des Rechts und seiner Bestimmung desselben als eines blossen Complexes von Imperativen. Hiebei sollen aber einige allgemeine Bemerkungen zur Orientirung vorangeschickt werden.

Blosse Befehle, welche irgendwo ertönen, gleichviel in welchen Formen und mit welcher Wirkung, geben keinen Anlass für die Anwendung des Rechtsbegriffs. Die Befehle des Rechts sind Aeusserungen einer bestimmten Macht, bei deren Charakterisirung wir weder von der Thatsache ihrer Wirksamkeit, noch von den Formen dieser Wirksamkeit absehen dürfen. Sie vergleicht sich nicht dem Geist über den Wassern, der an dem Spiele der letzteren als passiver Zuschauer keinen Antheil hat, sondern den dies Spiel beherrschenden und seine Regelmässigkeiten bestimmenden Kräften. Die Bewegung und Ordnung des gesellschaftlichen Lebens aber zeigt sich durch verschiedenartige Kräfte bestimmt, und es fragt sich, was denjenigen unter ihnen, auf welche wir den Begriff des Rechts anwenden, eigenthümlich sei. Dass sie ihren Einfluss u. A. in der Form von Imperativen äussert, gehört dahin nicht, denn das hat sie gemein mit Sitte, Moral und Religion. Dass diese Imperative des Rechts die Förderung menschlicher Interessen bezwecken, ist ebenfalls nichts für sie Eigenthümliches. Dass sich in ihnen der allgemeine Wille äussere, ebenfalls nicht. Es gilt dies von ihnen in keinem anderen Sinne als von den Imperativen einer bei einem Volke herrschenden Sitte und öffentlichen Meinung. Hieraus ergibt sich, dass die Thon'sche Definition des Rechts das Charakteristikon des letzteren nicht enthält. Man hat dasselbe neuerdings in der

Anerkennung der Rechtsvorschriften Seitens derjenigen, für welche sie aufgestellt sind, finden wollen, aber die Vergleichung von Recht und Sitte lässt auch diese Ansicht ohne Weiteres als unbefriedigend erkennen. Die Meisten von denjenigen, welche sich in der neueren Zeit mit dem Wesen und Begriff des Rechts beschäftigten, haben sich auffallenderweise die Frage, was das Recht mit den andern die Ordnung des gemeinsamen Lebens begründenden Normen gemein habe, und was es von diesen unterscheide, nicht ernstlich aufgeworfen, damit aber auf die Lösung der in Angriff genommenen Aufgabe von Vornherein verzichtet. In früherer Zeit hat man die Eigenthümlichkeit der Rechtsvorschriften vielfach in dem Inhalte dessen, was sie ge- und verbieten, nachweisen zu können vermeint, aber die soeben geforderte Vergleichung, an der Hand der Geschichte und Völkerkunde durchgeführt, lässt erkennen, dass auf diesem Wege ausreichende Unterscheidungsmerkmale sich nicht finden lassen. Es ist hier nicht der Ort, eine diese Merkmale erschöpfend bestimmende Theorie zu entwickeln. Ich muss mich mit einigen nur halb begründeten Thesen begnügen. Es ist oben darauf hingewiesen worden, dass die Form der Imperative nur *eine* der Aeusserungsformen des Rechts sei, und dass darin eine Eigenthümlichkeit desselben liege. Was nun die Imperative des Rechts selbst betrifft, so können wir dieselben nicht in befriedigender Weise charakterisiren, wenn wir absehen von den *äusseren Formen, in welchen sie zur Existenz gelangen und das Leben nach sich gestalten*. Hinsichtlich der hierherzuziehenden Formen ergibt sich hier noch eine Schwierigkeit daraus, dass dieselben sich nicht in allen Gebieten und bei allen Bestandtheilen des Rechts vollständig entwickelt und gleichmässig vertreten finden. Es besteht eine auf ihre Ausbildung gerichtete Tendenz, welche zwar überall in der Sphäre des Rechts sich ankündigt, aber eine Realisirung in sehr verschiedenem Umfange gefunden hat.

Zu diesen Formen gehört es nun u. A., dass die Uebertretung der Imperative des Rechts rechtliche Folgen nach sich zieht. Diese *Rechtsfolgen des Unrechts* spielen bei *Thon* eine grosse Rolle. Um so auffallender ist es, dass er sie im Verhältniss zum Wesen des Rechts als etwas Zu-

iges betrachtet. Wenn ihre Verbindung mit Uebertretungen nicht in der Natur des Rechts ihre Erklärung fände, wo anders sollte sie dieselbe suchen? Wenn die darauf gerichtete Tendenz nicht mit dem eigenthümlichen Wesen des Rechts zusammenhinge, wie käme es, dass diese bestimmten Folgen gerade nur in der Sphäre des Rechts sich mit der Nichterfüllung von Geboten verbinden? In der Regel ist die Frage, ob in irgend einer Anforderung eine Rechtsvorschrift an uns herantrete, lediglich mit Beziehung auf die Form, in welcher sie uns gestellt wird und vornehmlich mit Beziehung auf die Folgen, welche die Nichtbeachtung der Anforderung nach sich zieht, zu beantworten. Man möge uns etwa sagen, in welchen Ländern das Verbot des Selbstmords den Charakter einer Rechtsnorm habe und in welchen nicht (Thon berührt die Frage 298), ohne dabei auf die Formen Bezug zu nehmen, in welchen dies Verbot an die Volksgenossen herantritt und, vornehmlich, ohne der Folgen zu gedenken, welche sich mit der Verletzung des Verbots in den verschiedenen Ländern verbinden oder nicht verbinden. Es dürfte sich bei einem solchen Versuche wohl herausstellen, dass die äusseren Formen, in welchen das Recht existirt und sich behauptet, und dass speciell die eigenthümlichen Folgen der Verletzung seiner Vorschriften nichts äusserlich und zufällig zu seinem Wesen Hinzutretendes, sondern Attribute dieses Wesens seien. — Beiläufig sei hier bemerkt, dass die Rechtsfolgen des Unrechts, welche nach Thon für den Begriff des objectiven Rechts unwesentlich sein sollen, ihm für den Begriff des subjectiven Rechts als entscheidend gelten. Es besteht in diesem Punkte hier also keine Harmonie zwischen den beiden Begriffen, während Thon im Uebrigen davon auszugehen scheint, dass eine solche, wie es sich in der That verhält, vorauszusetzen sei. Zu diesen Rechtsfolgen gehört es nun zunächst, dass an der Stelle des verletzten ersten (primären) Imperativs, welcher dem zu Grund liegenden Interesse den speciellsten Ausdruck gibt, ein zweiter auf Erfüllungszwang, Entschädigung oder Strafe etc. gerichteter Imperativ praktisch wird. Dieser letztere kömmt nicht erst jetzt in Folge der Uebertretung zur Entstehung, sondern wandelt sich nur in Beziehung auf den einzelnen Fall aus einem bedingten in einen unbedingten

um. Es ändert sich nicht das objective Recht, sondern nur das Verhältniss der einzelnen jeweils Betheiligten zu den schon existirenden Imperativen. Die Rechtsfolgen einer Uebertretung gehören daher nicht selbst zu den Normen, zu welchen Thon (S. 4) sie zählt. Die Uebertretung lässt unter dem Einfluss der secundären Vorschrift neue Rechte und Pflichten, also neue Rechtsverhältnisse, zur Entstehung kommen. In den Rahmen der Thon'schen Auffassung aber passt diese Wendung nicht, weil sie uns über das Reich der reinen Norm hinausführt.

Das „Lebendigwerden" des zweiten Imperativs, bzw. der Mehrzahl von secundären Imperativen, erschöpft nach Thon den Begriff der Rechtsfolgen, wie oben erwähnt worden ist. Die concrete Erfüllung der secundären Vorschriften liegt nach ihm ausserhalb ihres Begriffs als einer Art blosser Imperative. Es ist auch dies ein wesentlicher Bestandtheil der Thon'schen Gesammtauffassung, für welchen jedoch keine ausserhalb dieser selbst liegende Begründung beigebracht wird. Alles hängt hier natürlich davon ab, wie der Begriff der Rechtsfolgen bestimmt wird. Doch ist diese Bestimmung nicht ein Gegenstand freien Ermessens. Es handelt sich um Folgen von Uebertretungen, an deren Eintritt das Recht sich, formgebend, gewährleistend und sanctionirend, betheiligt. Eine wissenschaftliche befriedigende Definition würde neben diesen äusseren Merkmalen die allgemeine Bedeutung dieser Folgen des Unrechts für die Rechtsordnung zu bezeichnen haben. Dieselbe liegt in der mehr oder minder vollständigen Neutralisirung der Rechtsverletzung bezüglich ihrer Bedeutung für die Rechtsordnung, und bzw. der Wahrung des den übertretenen Normen zu Grund liegenden Interesses unter den durch die Uebertretung geschaffenen Bedingungen. Ich lasse hier indessen diese letzteren, den Zweck betreffenden, Merkmale bei Seite und halte mich an die vorangestellten äusseren, hinsichtlich welcher sich ein Streit nicht erheben lassen dürfte. Nun, die dem Gesetze gemäss vollzogene Bestrafung eines Verbrechers ist eine Folge seines Verbrechens und zwar eine durch das Recht sanctionirte und in ihrer Form bestimmte, für deren Eintritt es wichtige Garantieen enthält, und deren rechtliche Bedeutsamkeit durch dieses Verhalten des Rechts

ohne Weiteres bewiesen wird. Was soll es bedeuten, wenn wir dieser rechtlichen Folge des Unrechts die ihr entsprechende Bezeichnung vorenthalten? Die Möglichkeit, dass in einzelnen Fällen diese Folge nicht eintritt, beweist natürlich nicht, dass sie dort, wo es geschieht, keine durch das Recht vorgesehene und sanctionirte Folge des Verbrechens sei. Ebensowenig beweist die von Thon angezogene Möglichkeit, dass ein Unschuldiger bestraft werde. Auch hier haben wir es mit einer Unrechtsfolge, aber nicht mit einer durch das Recht gebilligten zu thun. Das factische Geschehen an sich (z. B. die Tödtung eines Menschen mittelst der Guillotine) ist natürlich nicht Rechtsfolge, sondern dies Geschehen als ein den Imperativen des Rechts entsprechendes und durch dieselben sanctionirtes. Thon müsste beweisen, dass die so bestimmte Verbrechensfolge entweder keine Folge des Verbrechens oder unabhängig von den Vorschriften des Rechts sei, was Beides sich selbst widerspricht.

Unter den Begriff und Namen der Rechtsfolgen subsumirt sich daher nicht blos das neue Sollen und Dürfen, welches die Uebertretung entstehen lässt, sondern auch das entsprechende Müssen und Können (vgl. hier Thon S. 201 oben) und das entsprechende Geschehen.

Mit dieser Frage ist aber die andere nicht erledigt, ob dies entsprechende Geschehen, also der wirkliche Eintritt der Rechtsfolgen des Unrechts in dem hier bezeichneten Umfange etwas für das Recht Wesentliches sei. Bei Thon versteht sich die Verneinung von selbst, da es nicht zum Begriff der Imperative, weder der primären noch der secundären, gehört, dass sie ihre Erfüllung finden, der Begriff des Rechts aber mit dem der Imperative bei ihm zusammenfällt. Das Gegentheil ergibt sich aus der oben der seinigen entgegengestellten Auffassung des Rechts. Danach sind Imperative nur insofern als sie wirksam sind und eine entsprechende Gestaltung der Lebensverhältnisse mit sich führen, den Imperativen der Rechtsordnung beizuzählen. Imperative, welche nur eine papierene oder blos theoretische Existenz haben, sind nicht Elemente derselben, so gewiss wir unter der Rechtsordnung die wirkliche Ordnung des gesellschaftlichen Lebens, nicht eine blos gedachte, etwa in einem Lehr-

buche des Naturrechts dargestellte, Ordnung verstehen. Daran freilich ist nicht zu denken, dass es den Begriff des Rechts berühre, wenn eine Vorschrift einmal straflos übertreten wird. Nur darauf kömmt es an, dass sich die Macht des Rechts im Ganzen und Grossen, sei es in den Formen seiner primären, sei es in denjenigen seiner secundären Imperative, bewähre.

Aber der Gegensatz unserer Ansichten hinsichtlich der Rechtsfolgen und ihres Verhältnisses zu den übertretenen Normen ist noch nicht erschöpft.

Es ist hier angenommen worden, dass im Verhältniss zur Natur dieser letzteren die Anordnung und der wirkliche Eintritt der Rechtsfolgen nicht als etwas Zufälliges erscheine. Verhält es sich so, so erwächst die Aufgabe — ich halte sie für eine der interessantesten, welche unserer Wissenschaft gestellt sind, — das Band zu erforschen, welches jenen Zusammenhang zwischen primären und secundären Vorschriften, sowie zwischen Uebertretungen und Rechtsfolgen herstellt und als einen nicht durch blosse Zufälligkeiten begründeten erscheinen lässt.

Bei Thon könnte nur eine Erörterung des Verhältnisses der primären und secundären Normen zu einander gesucht werden, da ja von diesen Normen abgesehen hier für ihn nichts existirt. Aber jene Erörterung findet sich nicht und zwar offenbar aus dem Grunde, weil die Existenz eines Bandes der vorausgesetzten Art von ihm nicht angenommen wird, und es hier also nach seiner Auffassung nichts zu erforschen gibt. Die secundären Normen treten nach ihm den primären äusserlich, nicht kraft einer im Wesen des Rechts liegenden oder irgendwie sonst begründeten Nothwendigkeit zur Seite. Verschiedenartige, innerlich nicht mit einander verknüpfte Interessen lassen dem ersten Gebote ein zweites von anderem Inhalte folgen. Das ist freilich nicht eine Thon eigenthümliche Auffassung — sie macht sich nur bei ihm, weil die secundären Normen eine systematische und auf ihre Gründe eingehende Bearbeitung erfahren, recht fühlbar — sondern die allgemeine Auffassung. Der Staat setzt sich nach ihr, um mich ein wenig stark auszudrücken, in dem primären Gebote einen Zweck: A, kann er denselben nicht erreichen, so setzt er sich statt dessen, gleichsam um sich zu trösten,

beliebige andere Zwecke: *B* oder *C* oder *D*. Kann er etwa den Zweck nicht erreichen, welchen er mittelst der primären Gebote: Zeugniss zu geben, Steuern zu zahlen, die Kanzel nicht zur Störung des öffentlichen Friedens zu missbrauchen etc. verfolgt, so setzt er sich, um doch irgend etwas zu erreichen, andere Zwecke, etwa den, seinen Vergeltungstrieb zu befriedigen, indem er dem ungehorsamen Militärdienstpflichtigen, Priester etc. ein Uebel unter dem Namen der Strafe zufügt.

Wem dies keine sachentsprechende Auffassung zu sein scheint, der wird annehmen müssen, dass die Interessen, welche in dem ersten Gebote sich äussern, auch den sämmtlichen, secundären Geboten zu Grunde liegen. In der That stammen beiderlei Normen aus der nämlichen Quelle, welche sie nicht zufällig, sondern ihrer Natur gemäss in dieser Folge praktisch werden lässt, und aus welcher zunächst das allgemeine Verständniss dieser Folge zu gewinnen ist, ehe wir eine genauere Bestimmung dessen, was die verschiedenen secundären Gebote Eigenthümliches haben, versuchen. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Gesetze muss Gewissheit darüber geben, dass jener Zusammenhang besteht, dass die secundären und primären Bestimmungen derselben in dem nämlichen Grunde wurzeln; dass z. B. das Interesse an der Verhütung der Thierquälerei nicht blos dem Verbote derselben, sondern auch der *sanctio poenalis* dieses Verbotes zu Grunde liege, oder dass das jüngst vereinbarte Socialistengesetz in seinen primären und in seinen secundären Vorschriften in dem nämlichen Interesse seinen Ursprung habe.

Den secundären Bestimmungen, z. B. den Strafbestimmungen, kömmt zunächst die Bedeutung zu, die Wirksamkeit der primären Bestimmungen dem gemeinsam verfolgten Zwecke gegenüber zu erhöhen, vielleicht eine solche überhaupt erst zu begründen. Letzteres ist keineswegs ein seltener, sondern ein durchaus normaler Fall. Ueberaus häufig wird ein praktisches Verhältniss der Rechtsordnung zu bestimmten Zwecken lediglich hergestellt durch den Strafbefehl. Es ist oben bereits auf solche Fälle hingewiesen worden. Man streiche etwa diese secundären Befehle in den auf die Ehre bezüglichen Gesetzen. Man wird damit den in ihnen enthaltenen primären Geboten ihren praktischen Werth in Bezug auf ihren Zweck genommen

und die Achtung oder Nichtachtung der Ehre unabhängig gemacht haben von der eigenthümlichen Wirkungsweise des Rechts.

Aber nicht blos diese Bestimmung hat das secundäre Gebot: die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen oder eine solche überhaupt erst zu begründen, dass das dem Gesetze zu Grunde liegende Interesse seine Befriedigung in der von dem primären Gebote vorgesehenen Form finde, sondern daneben die andere Bedeutung: für den Fall der Nichterfüllung des primären Gebotes eine Befriedigung jenes Interesses wenigstens seinem allgemeinen Gehalte nach noch zu ermöglichen und bzw. zu verbürgen. Das primäre Gebot enthält den speciellsten, individualisirtesten Ausdruck dieses Interesses; seine Nichtbefolgung bedingt eine mehr oder minder weitgreifende Aenderung dieses Ausdrucks. U. A. kann nun an der Stelle des einen primären Imperativs (z. B. du sollst nicht stehlen) eine Mehrheit von in ihrer Fassung und unmittelbaren Richtung sehr verschiedenen Imperativen (z. B. du sollst restituiren und es soll Strafe verhängt werden) Erfüllung fordern. Aber die bewegende Kraft, welche in dem ersten Imperativ sich äusserte, ist nicht verschwunden, sie äussert sich nur, den geänderten Umständen entsprechend, in anderen Formen. Da die Befriedigung in derjenigen Form, in welcher sie dieselbe zunächst suchte, durch den Ungehorsam vereitelt wurde, so sucht sie dieselbe in der Verwirklichung der Rechtsfolgen des Ungehorsams, welche in ihrer wesentlichen Bedeutung für sie das Aequivalent des Gehorsams sind. Ich verweise hier auf Thon S. 224 Anm. 2.

In unserem Werke wird dem Erfüllungszwang hier eine besondere Stellung gegeben. Derselbe soll sich nämlich, abweichend von anderen Rechtsfolgen, auf das ursprünglich Geschuldete richten und das unverändert fortdauernde primäre Gebot verwirklichen. Thon scheint hiebei zu übersehen, dass seiner eigenen Definition der Rechtsfolgen gemäss der Erfüllungszwang diesen letzteren nur insofern beizuzählen sei, als in ihm ein von dem primären abweichendes secundäres Gebot lebendig wird. In der That lassen sich hier stets Modificationen des ersteren nachweisen. So ist der Imperativ: *A* soll vor Gericht erscheinen offenbar nicht identisch mit

diesem: *B* soll den *A* zwangsweise vor Gericht bringen. Durch beide Imperative wird allerdings ein Resultat herbeigeführt, das sie gemeinsam bezwecken: die Anwesenheit des Vorgeforderten vor Gericht. Aber befohlen werden nicht Resultate, sondern Leistungen, und die Leistung, durch welche im einen und im anderen Falle das Resultat herbeigeführt wird, ist nicht die nämliche. Auch ist die Bedeutung des Geschehenen für die Rechtsordnung nicht vollständig die gleiche. Was aber den gemeinsamen Zweck betrifft, so ist, wie soeben ausgeführt wurde, dies nichts für das Verhältniss des Erfüllungszwangs zum primären Gebote Eigenthümliches. Auch durch den Entschädigungszwang wird ein Zustand herbeigeführt, welchen bereits das primäre Gebot (nicht zu beschädigen) bezweckte: die Integrität des betreffenden Vermögens. Dem wesentlichen Gehalte nach ist das beiden Imperativen zu Grunde liegende Interesse also auch hier identisch, nur weichen hier die Formen, in welchen es Befriedigung sucht, den geänderten Bedingungen entsprechend, mehr von einander ab als bei der zuerst erwähnten Rechtsfolge des Erfüllungszwanges. Wir können auf diese Weise aus den Rechtsfolgen der Uebertretungen eine Reihe bilden, in welcher je das folgende Glied sich von dem Inhalte des ersten Imperativs weiter entfernt, ohne aus der Richtung desselben und aus der Herrschaft des im Wesentlichen sich gleich bleibenden staatlichen Interesses herauszufallen ....

Wenn nun die secundären Gebote die gleiche psychische Wurzel haben, wie die primären, an deren Stelle sie dem staatlichen Interesse in, den veränderten Umständen angepassten, Formen dienen, so ergibt sich eine bedeutsame Folgerung hinsichtlich ihres Verhältnisses zu einander. Stimmen die secundären Gebote und die Rechtsfolgen von Uebertretungen hinsichtlich ihres wesentlichen Zwecks mit den primären Geboten überein, so stimmen sie auch unter sich hinsichtlich dieses Zwecks überein. Die hier besprochene Verwandtschaft zwischen diesen und jenen ist beweisend für die Verwandtschaft jener, also des Erfüllungs-Entschädigungs- und Strafzwangs, unter einander.

Diese Verwandtschaft ist früher von mir vertreten, dann von Mehreren, insbesondere von Binding, dessen Ausführun-

gen Thon für überzeugend gelten, bestritten worden. Es ist hier kein Raum, um die alte Controverse ausführlicher wieder aufzunehmen. Es sollte nur die Gelegenheit wahrgenommen werden, einer Betrachtungsweise, welche unter der Herrschaft des analytischen Triebs bei den Unterschieden stehen bleibt, wiederholt eine Auffassung gegenüber zu stellen, in welcher die Verwandtschaft der unterschiedenen Individualitäten zur Geltung kömmt. Was gegen dieselbe vorgebracht worden ist, berührt den Kern der Frage nicht, welche freilich ihre Erledigung nicht durch beiläufige Bemerkungen, wie sie hier gegeben wurden, sondern nur, gleich mancher anderen von Thon berührten (was dieser nicht verkennt) im Zusammenhange mit einer umfassenderen Fortbildung der allgemeinen Rechtslehre finden kann.

Von den Rechtsfolgen des Unrechts unterscheiden sich Rechtsfolgen schuldloser Verletzungen der vom Rechte geschützten Interessen. Dass auch derartige Verletzungen rechtliche Folgen nach sich ziehen können, hängt mit der schon besprochenen selbständigen Bedeutung des Dürfens und dem Uebergewicht der activen Seite der Rechtsverhältnisse zusammen. Thon behandelt die Frage in seinem 2. Cap. Er nimmt an, dass bei schuldlosen Uebertretungen solche Rechtsfolgen eintreten können, welche nicht um der Qualification der That willen, sondern um solcher Interessen willen, die auch dem Schuldlosen gegenüber gewahrt werden können, eintreten. Dahin wird die Nichtigkeit missbilligter Rechtsgeschäfte, die Erlaubniss zur Verhinderung einer Gesetzesverletzung und der Erfüllungszwang gerechnet. Man kann dieser Erledigung der Frage unter dem Vorbehalte selbständiger Auslegung zustimmen. Die Interessen werden hier gewahrt unabhängig davon, ob die Imperative, welche das nächste Mittel dazu bilden, ihre Bestimmung erfüllen können (vgl. Thon 224 Anm. 2, 201). Wäre das Recht nur ein Theil der Moral, welche dort, wo ihre Imperative nicht vernommen werden können, nichts mehr zu sagen hat, so wäre dies unverständlich. Aber das Recht hat, wie schon ausgeführt wurde, ein anderes Verhältniss zu seinen Imperativen, wie die Moral zu den ihrigen; es ist mehr als deren Inbegriff, und der Schwerpunkt liegt bei ihm nicht im Gebieten,

sondern im Gewähren. Thon allerdings deutet sich die Sache anders. Er nimmt an, dass die Imperative des Rechts sich auch an Unzurechnungsfähige wenden, und auch von diesen übertreten werden können. Aber augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an Jemanden zu richten, von dem wir wissen, dass er sie nicht verstehen und befolgen kann, und Verletzungen dieser Befehle durch solche Personen anzunehmen. Ich verstehe nicht, wie die Gegner glauben können, dass sie dieses Argument entkräftet hätten. Die hier bestehende Controverse betrifft nicht das Factum, dass ein schuldloses Verhalten rechtlich bedeutsame Folgen habe; sondern die Begründung und den Massstab für diese Folgen. Thon gibt zu, dass für dieselben die Qualification der That nicht entscheidend sei. Ist dies der Fall, so ist offenbar auch die angeblich in der That liegende Uebertretung der Imperative des Rechts hier nicht entscheidend. Damit aber entfällt der Grund für die Annahme einer solchen Uebertretung, für eine Annahme, die einen Widerspruch enthält. Entscheidend ist lediglich, dass die Situation, in welcher bestimmte menschliche Interessen anderen menschlichen Interessen gegenüber gewahrt werden wollen, durch die That eine Aenderung erlitten hat, wie sie eine solche in rechtlich relevanter Weise auch durch Naturkräfte erleiden kann! Dieser Auffassung entsprechen die Bemerkungen Thon's S. 244 oben.

Im Einzelnen enthält dies 2. Cap. beachtenswerthe Bemerkungen u. A. hinsichtlich der fahrlässigen Delicte Anm. 20, S. 78 f.). Da ich mich vielfach im Widerspruch mit den Ansichten Thon's finde, so freut es mich, hier eine wesentliche Uebereinstimmung constatiren zu können. Thon befindet sich hier gleich dem Ref. in einem Gegensatze zu den Ansichten Binding's, welcher in anderem Zusammenhange auszutragen sein wird.

Der Verf. wendet sich im Weiteren den subjectiven Rechten zu. Zunächst im 3. Cap. in eindringender Weise dem Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Rechten. Vielleicht wäre es richtiger gewesen, dieser Untersuchung eine Erörterung über den allgemeinen Begriff des subjectiven Rechts voranzuschicken, anstatt, wie es von Thon geschieht, die allgemeinen Bestimmungen den nachfolgenden Abschnitten

einzuflechten. Durch dies Verfahren wird wenigstens dem Leser, wenn der Ref. nach sich urtheilen darf, die Lösung der ihm zufallenden Aufgabe erschwert.

Bei jener Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Rechten legt Thon den Accent auf die Art, wie der Rechtsschutz gewährt wird, oder, was dasselbe, auf die Rechtsfolgen, welche die Uebertretung der in Betracht kommenden primären Rechtsnorm nach sich zieht. Beim Privatrechte nämlich sei dem in seinen Interessen Geschützten ein Mittel zur Beseitigung der Verletzung, ein „Anspruch“, von der Rechtsordnung gegeben und zu beliebigem Gebrauche überlassen. Ein ausreichendes Merkmal ist damit indessen noch nicht bezeichnet. Auch dem Inhaber öffentlicher Rechte können Schutzmittel, z. B. die Beschwerde, zu beliebigem Gebrauche überlassen werden (vgl. Thon S. 129 f.). Zur Ergänzung jenes Merkmals könnte vielleicht die speciellere Gestaltung des privatrechtlichen Schutzes angezogen werden. Es geschieht dies jedoch bei unserem Verfasser nicht. Im Allgemeinen lassen sich auf drei verschiedenen Gebieten charakteristische Merkmale des Privatrechts finden. Zunächst auf dem hier vorangestellten Gebiete des Rechtsschutzes. Dann auf dem Gebiete des materiellen Rechts, wobei insbesondere die Grundsätze über Vererbung und über die Uebertragung unter Lebenden in Betracht kommen. Endlich auf dem Gebiete der betheiligten Interessen, wo die entscheidenden Gründe für die Besonderheiten des materiellen und formellen Rechts liegen. Es kommen hier in Betracht die Interessen, welche Anerkennung und Schutz Seitens der Rechtsordnung suchen, diejenigen, denen gegenüber die ersteren geschützt sein wollen, und endlich diejenigen, welche durch die Verletzung der einschlagenden Gesetze getroffen werden, und für welche die ordnungsmässige Ausgleichung des Geschehenen bedeutsam ist. Dies letztere nach Massgabe der gegebenen Verhältnisse und der jeweils herrschenden Anschauungen. Thon sucht die Ergänzung des oben erwähnten, zumeist von ihm betonten Merkmals auf dem zuletzt erwähnten Gebiete und setzt beim Privatrechte in diesem Sinne einen, den Interessen eines Einzelnen wider Einzelne gewährten Schutz voraus.

Das hier zu freiem Gebrauch überlassene Schutzmittel heisst „Privatanspruch", dessen Vorhandensein sonach für die Annahme eines Privatrechts entscheidend sein soll. Das causale Verhältniss, in welchem hier das materielle Merkmal zu dem formellen steht, wird nicht näher erörtert, letzteres aber in einer Weise begrenzt, welche mir als willkürlich erscheint. Nur ein Privatanspruch nämlich auf Beseitigung der Verletzung soll für die Existenz eines Privatrechts beweisend sein, nicht ein Privatanspruch auf Ausgleichung derselben, bzw. auf Erlangung eines Aequivalents. Daher sollen z. B. die *actio injur. aestimatoria* und der Anspruch des schuldhaft Verletzten auf Schmerzensgeld nicht für die Existenz eines Privatrechts beweisend sein (S. 152). Weshalb nicht? Sind dies doch Schutzmittel für Einzelinteressen wider Einzelinteressen, welche dem Interessenten zu beliebigem Gebrauche überlassen werden.

Bei Thon macht sich hier die oben besprochene und bekämpfte Auffassung von dem Verhältniss der Rechtsfolgen unter einander und zu den der primären Norm zu Grunde liegenden Interessen geltend.

Ich lasse im Uebrigen die Richtigkeit der gegebenen Definition zunächst dahingestellt, um mich dem von Thon vertretenen allgemeinen Begriffe des subjectiven Rechts zuzuwenden.

Das allgemeine Merkmal des Rechts i. s. S. findet Thon in der Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung, der von den Gesetzen gewährte Schutz wird zum Rechte nach ihm dadurch, dass dem Geschützten für den Fall der Verletzung des schützenden Gesetzes ein Mittel zur Beseitigung der Verletzung (ein Anspruch) gegeben wird. Recht ist Anwartschaft auf Ansprüche. Nachdem das Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichen und privaten Rechten in den Formen des Rechtsschutzes gefunden wurde, konnte man erwarten, dass der allgemeine Begriff des Rechts als von diesen Formen unabhängig gedacht und nur die allgemeine Thatsache des Rechtsschutzes als für dessen Begriff wesentlich betrachtet werde. Wenn die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung, der „Selbstschutz des Interesses" das allgemeine Charakteristikon des Rechts ist, so hat der Unterschied zwi-

schen öffentlichem und Privatrecht nichts damit zu schaffen, und es bliebe sonach von der Thon'schen Definition des letzteren nur das materielle Merkmal, die Natur des geschützten Interesses, übrig. Aber die Stellung, welche dem letzteren im Uebrigen gegeben wird, lässt es nicht als geeignet erscheinen, die Rolle des entscheidenden Charakteristikons zu übernehmen.

Das Interesse nämlich und dessen Befriedigung werden von Thon von dem Inhalte und Begriff des subjectiven Rechts ausgeschlossen. Diese Befriedigung und der Genuss der rechtlich geschützten Güter bilden nach ihm zwar den Zweck des Rechts (was er hier S. 219 flg. gegen Windscheid zu Gunsten der Ihering'schen Auffassung vorbringt, ist durchaus treffend), sind aber selbst weder als Recht noch als Ausübung eines Rechts aufzufassen. Der Genuss soll so wenig zum Begriff des Rechts gehören, wie zum Gartenzaun der Garten, den jener schützen soll. Es bietet sich diese Ansicht als eine Consequenz der Auffassung des objectiven Rechts. Zugleich aber wird eine selbständige Begründung derselben durch den Beweis, dass die gegnerische Ansicht absurde Consequenzen habe, versucht. In der That wird diese in der Gestalt, in welcher sie bekämpft wird, tödtlich getroffen, wenn anders getödtet werden kann, was kein Leben in sich hat. Das Geniessen an sich ist ebensowenig Rechts ausübung wie Rechts verletzung. Eine gegentheilige Ansicht würde im Ernste gar nicht als eine Ansicht, sondern blos als eine Gedankenlosigkeit zu betrachten sein. So sind auch beliebige Herrschaftsverhältnisse zur Sachenwelt an sich nicht Rechtsverhältnisse. Wir stehen überhaupt nicht in Rechtsverhältnissen zu Sachen, so gewiss Sachen keine Pflichten gegen uns haben. — Das Geniessen wird ferner nicht dadurch zum Recht, dass es nicht verboten ist; eine Handlung nicht dadurch zur Rechtsausübung, dass sie kein Unrecht enthält. Der Selbstmord ist im deutschen Rechte nicht verboten, ohne darum Ausübung eines Rechts zu sein. Zum Rechte gehört die Anerkennung Seitens der Rechtsordnung und die Existenz von Garantieen für die praktische Anerkennung Seitens der Einzelnen. Was in dieser Richtung von Thon vorgebracht wird, ist nicht zu bestreiten. Aber es führt nicht weiter, als dass wir mit Ihering Rechte als „rechtlich geschützte Inter-

sen" bezeichnen. Dafür, dass die Interessen gänzlich aus dem Begriff zu scheiden seien, enthält das Werk kein Argument, abgesehen von dem in ihm vertretenen Begriff des objectiven Rechts, welchen ich als unzulänglich zu erweisen versucht habe. Es ist ohne Zweifel richtig, wenn Thon sagt, dass die Rechtsordnung sich regelmässig um den Genuss der Güter nicht kümmere, dass es ihre Aufgabe nur sei, die Hindernisse hinwegzuräumen, die andere Personen unbefugt demselben stellen. Aber damit steht es durchaus im Einklang, wenn wir auch bei dem subjectiven Rechte an den Genuss nur denken als an einen Gegenstand möglicher Störungen und rechtlichen Schutzes gegen dieselben. Recht ist die Befriedigung eines Interesses mit Beziehung auf die Bürgschaften, welche die Rechtsordnung für ein entsprechendes Verhalten Dritter bietet. Diese Beziehung auf Dritte ist ein wesentliches Merkmal des Rechts. Aber wir können dieselbe nicht loslösen von Dem, was in dieser Beziehung steht. So wenig wie der Genuss als solcher den Begriff des Rechts erfüllt, ebensowenig die hervorgehobene Beziehung des Genusses, losgelöst von ihm selber. Dem Rechte steht nach der Natur der Rechtsverhältnisse eine auf den gleichen Gegenstand bezügliche Pflicht gegenüber, der Freiheit auf der einen Seite entspricht die Gebundenheit auf der anderen, der legitime Genuss ist bei dem Einen Object eines Dürfens, bei dem Anderen Object eines Sollens. Bei Thon wird dies Verhältniss, in welche das juristische Denken die beiden Begriffe seit je gestellt hat, das elementarste logische Verhältniss unseres Gebietes, aufgehoben. So ist beim dinglichen Rechte ein gewisser Sachgenuss als ein Dritten gegenüber gewährleisteter: Inhalt des Rechts, als ein von diesen Dritten zu respectirender: Inhalt der Pflicht. Bei Thon behält die Pflicht ihre natürliche Stellung, aber das Recht verlässt ihr gegenüber seinen Platz. Es verliert überdies seine natürliche Consistenz, und führt nur noch eine abgeleitete schattenhafte Existenz als Aussicht auf künftige Abwehr einer möglichen Verletzung der Pflicht, es ist zur blossen Negation der Negation seiner selbst geworden. Denn nur der Anspruch begründet das Recht, der Anspruch aber hat eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung

und ist nichts Anderes als ein Mittel zur Beseitigung derselben. Auch das Verhältniss des Rechts zu anderen Begriffen würde sich, wenn wir diese Aufhebung seiner Körperlichkeit gelten liessen, verschieben. So das Verhältniss zu dem Begriff der Rechtsverletzung. Man würde füglich nicht mehr davon reden können, dass man in seinem Rechte verletzt sei, denn was wir gegenwärtig Kränkung unseres Rechts nennen, das würde dann nur die Bedingung sein, welche unser Recht, d. i. die Aussicht auf Ansprüche, lebendig werden lässt. Wer ferner noch in dem bisherigen Sinne davon reden wollte, dass er seine Rechte vertheidigen oder zur Geltung bringen wolle, dass er sich in der Ausübung seiner Rechte nicht stören lassen werde etc., dem müsste man vorhalten, dass er den Begriff des Rechts auf den Kopf stelle.

Da nun keinerlei Gründe dafür vorzuliegen scheinen, dass wir uns mit dem bisherigen juristischen und populären Reden und Denken in einen derartigen Gegensatz stellen, so dürfte es sich empfehlen, bei den oben entwickelten Begriffen stehen zu bleiben.

Eine besondere Frage verdient hier indessen noch speciellere Erwähnung; die Frage nämlich, ob, wie hier zunächst vorausgesetzt worden ist, die Thatsache des rechtlichen Schutzes genügt, um den Genuss zum Rechte zu erheben, oder ob nur einer besonderen Form des Schutzes, speciell der Einräumung eines Rechtsmittels an den Interessenten selbst, also dem „Selbstschutze“, diese Bedeutung beizumessen sei. Wenn man mit Thon den Genuss aus dem Begriffe des Rechts ausschliesst und also nur die Beziehung auf den Rechtsschutz übrig lässt, so erscheint es als naheliegend, hier eine Beschränkung aufzustellen, und wenigstens ein näheres Verhältniss des Geschützten zu dem Rechtsschutze vorauszusetzen. Es besteht hier in der That keine Veranlassung, den schützenden Staatswillen, insoweit er ohne und bzw. gegen den Willen des Geschützten thätig wird, als das Recht des letzteren zu bezeichnen (Thon 217), da ja der Zweck des Schutzes, der allein ein Verhältniss zwischen ihm und der betreffenden Person herstellt, mit dem Begriffe des Rechts nichts zu schaffen haben soll. Thon ist daher consequent, wenn er von einem Rechte des Interessenten nur dort gesprochen haben

will, wo dieser zur Realisirung des Schutzes mit berufen wird, d. i. nach der technischen Ausdrucksweise Thon's, wo ihm eine Aussicht auf Ansprüche gewährt ist. Findet man dagegen die Substanz des Rechts in dem Interesse, so existirt kein Grund für diese Beschränkung. Vielmehr ist dann als entscheidend für die Annahme eines Rechts nicht die Frage zu betrachten, welches die Factoren und Vehikel des Rechtsschutzes, sondern nur die andere, wer der Träger des geschützten Interesses und für Art und Mass der Verwirklichung desselben massgebend sei. Ich bin mir wohl bewusst, dass nicht Alle, welche das Interesse als ein Element des Rechts betrachten, diese Consequenz ziehen. Aber ich glaube, man wird dieselbe, wenn erst diese Fragen vollständiger durchgearbeitet sein werden, gelten lassen müssen. Oder will man im Ernste die Rechte, welche dem Kaiser durch die Reichsverfassung zuerkannt sind, nicht als Rechte des Kaisers gelten lassen, weil dieser bei der Verwirklichung des Schutzes dieser Rechte sich nicht betheiligt? Oder die Rechte des Bundesraths, der Monarchen in den einzelnen Staaten, der Parlamente etc. nur insofern und insoweit anerkennen, als „der Interessent selbst zur Realisirung des Schutzes mit berufen wird"? Man würde sich damit ebenso im Widerspruch mit dem Reden und Denken des Volkes, und in einem gleich unnützen Widerspruch, wie in dem oben besprochenen Falle, befinden.

In Wahrheit ist nicht blos die Existenz, sondern auch der Umfang der Rechte von dem Selbstschutz unabhängig. Daher denn auch im Gegensatz zu Thon gewissen Rechten eine Richtung gegen Jedermann zuzuerkennen ist. In einem gewissen Sinne haben sämmtliche Rechte diesen universellen Charakter, insofern nämlich, als sie von Jederman verletzt werden können, oder was auf das Gleiche hinausführt, als die Pflicht sich einer Verletzung derselben zu enthalten (unter gewissen Voraussetzungen) für Jedermann besteht. Das Recht reicht so weit als die correspondirende Pflicht, und es kann kein Bedenken geben gegen die Annahme des ersteren, wo die letztere ausser Zweifel steht.

Noch sei bemerkt, dass, wo Rechte in dem hier vertretenen Sinne des Worts existiren, den Trägern derselben auch

die Möglichkeit geboten zu sein pflegt, sich in irgend welcher erlaubten Weise an dem Schutze derselben zu betheiligen, wenn auch etwa nur in der Form erlaubter Selbsthilfe oder der Beschwerde oder eines Antrags auf Bestrafung etc. Die Verwerfung des Merkmals im Obigen bezieht sich daher auf den Selbstschutz nur insofern, als er nicht allgemein mit dem Schutze und der Anerkennung Seitens der Rechtsordnung verbunden ist und den von mir bezeichneten Merkmalen des Rechts gegenüber irgend eine selbständige Bedeutung in Anspruch nimmt.

Auf dem hier vertretenen Standpunkte existirt kein Bedürfniss, von dem Begriffe des subjectiven Rechts den Begriff der „Befugniss" abzusondern, wie dies von Thon (Cap. 7) geschieht. Der letztere denkt hiebei zunächst an die Befugniss der Träger von Rechten, über diese zu disponiren. Dann an eine Summe anderweitiger Befugnisse von verschiedenem Inhalte, z. B. die Befugniss, betreffende Rechte zu erwerben. Es liegt m. E. hier überall insoweit ein Recht vor, als ein in seiner Bethätigung geschütztes Interesse vorhanden ist. Dies ist aber überall, wo wir nach dem bestehenden Sprachgebrauche von rechtlichen Befugnissen reden, der Fall. Wenn wir Jemanden als „befugt" zu solcher Bethätigung bezeichnen, so sagen wir damit nichts Anderes, als dass sie unter dem Schutz der Rechtsordnung stehe und dass Dritten demgemäss eine willkürliche Vereitelung derselben untersagt sei. Es existirt jedoch kein Grund, das allgemeine Recht der Persönlichkeit zu freiem Handeln in eine Summe von Rechten mit Rücksicht auf alle denkbaren Richtungen dieses Handelns zu zerpflücken. Eine Ausscheidung besonderer Arten von subjectiven Rechten ist überall nur motivirt mit Rücksicht auf eine besondere Gestaltung des rechtlichen Schutzes, und bzw. besondere Bedingungen ihrer Entstehung und Aufhebung. Eine andere Frage ist, ob die Befugniss, über bestimmte Rechte zu disponiren, zu dem Inhalte dieser Rechte gehöre. Man kann dieselbe mit Thon verneinen, ohne genöthigt zu sein, mit ihm auf eine selbständige Existenz dieser Befugniss den betreffenden Rechten gegenüber zu schliessen.

Die Schwierigkeiten, welche hier bestehen, begründen sich in unserer juristischen Ausdrucksweise. Die Uebertrag-

barkeit einer Forderung ist selbstverständlich kein Theil der Forderung selbst oder ihres Inhalts, wohl aber eine Eigenschaft derselben, welche mitumfasst wird von dem legitimen Interesse der Forderungsberechtigten und der dasselbe begrenzenden und schützenden Normen, also von dem subjectiven Rechte, welches jenen hinsichtlich der Forderung zusteht. Es ist ein zufälliger und ziemlich gleichgültiger Umstand, dass der gewöhnliche Ausdruck diesen Begriff nicht vollständig deckt, insofern wir nämlich bei dem Worte „Forderungsrecht" nicht an das ganze Recht hinsichtlich einer Forderung, sondern blos an das Recht, zu fordern, zu denken pflegen.

Recht hat dagegen Thon ohne Zweifel mit der Behauptung, dass der Begriff des subjectiven Rechts den des „Könnens rechtlicher Art" oder der „rechtlichen Macht" nicht vollständig umfasst. In zahlreichen Fällen besteht eine Macht, durch willkürliche Handlungen die Voraussetzungen für das Lebendigwerden von Normen oder den Eintritt von Rechtsfolgen herzustellen, ganz unabhängig von dem Vorhandensein eines Rechts zur Vornahme dieser Handlungen. Eine solche rechtliche Macht liegt in jedem Delicte, insofern es Veränderungen innerhalb der Rechtswelt hervorbringt. Auch das Rechtsgeschäft ist, wie von Thon näher ausgeführt wird, begrifflich unabhängig von dem Vorhandensein eines Rechts zur Vornahme der betreffenden Handlung und von deren Erlaubtheit oder Unerlaubtheit, obgleich die Fälle, wo der Abschluss eines rechtswirksamen Geschäfts sich in Wirklichkeit nicht als Ausübung eines Rechts darstellt, nach der hier vertretenen Ansicht sich als blosse Ausnahmsfälle darstellen. Wenn nun für diese rechtliche Macht in ihrer Unabhängigkeit von dem Vorhandensein eines Rechtes und von der Erlaubtheit ihrer Bethätigung das Wort „Befugniss" als technische Bezeichnung von Thon in Anspruch genommen wird, so kann dies kaum auf Beifall rechnen, weil, wie bereits erwähnt wurde und von Brinz richtig bemerkt wird, in dem „befugt" das „erlaubt" enthalten ist, so gewiss wie in dem „unbefugt" das „unerlaubt". — Auf die bei Thon sich anschliessenden Erörterungen über das Rechtsgeschäft verweise ich nur, vornehmlich, weil ich nichts gegen dieselben vorzubringen habe.

Fassen wir den allgemeinen Begriff des Rechts, so wie es hier geschieht, und scheiden demgemäss den Selbstschutz oder die Aussicht auf Ansprüche aus demselben aus, so dass dies Merkmal zu anderweitiger Verwendung frei wird, so könnte es scheinen, dass dies der Thon'schen Definition des Privatrechts, deren Richtigkeit oben dahingestellt blieb, zu Gute komme, da dieselbe dies Merkmal als für das Privatrecht charakteristisch in Anspruch nimmt. Gleichwohl ist von dem hier vertretenen Standpunkte aus die Annahme dieser Definition unthunlich. Die Stellung, welche hier dem Interesse gegeben wurde, liess es als inconsequent erscheinen, in den allgemeinen Begriff des Rechts eine besondere Form des Rechtsschutzes als entscheidendes Merkmal aufzunehmen. Das Gleiche aber gilt in Bezug auf den Begriff der Privatrechte, sowie denjenigen der Rechte öffentlich rechtlicher Natur. Dem fraglichen Standpunkte ist es allein entsprechend, das diese zwei Kategorien unterscheidende Merkmal in der besonderen Natur, und bzw. der besonderen Richtung der im einen und im anderen Rechtsgebiete bei dem Schutze betheiligten Interessen zu suchen, und die Bedeutung des hier gefundenen Merkmals nicht durch eine Verquickung desselben mit einem einer anderen Sphäre entnommenen Merkmale wieder in Frage zu stellen. Wenn dies zweite Merkmal überall mit dem ersten zugleich vorkäme, so bedürfte es nicht einer besonderen Erwähnung; wäre dies nicht der Fall, so würde die Cumulirung verwirrend wirken. Wir würden dann gegebenenfalls im Zweifel sein, ob wir ein Recht den Privatrechten zuzählen sollen, weil das eine Merkmal auf diese hinweist, oder den publicistischen Rechten, weil das andere Merkmal auf die letzteren zeigt. Was nun die Thon'sche Unterscheidung von öffentlichrechtlichen und privaten Rechten betrifft, so stehen die beiden von ihm verwendeten Merkmale, nämlich die besondere Natur des Interesses und die besondere Form des Rechtsschutzes, keineswegs allgemein und nothwendig in einer der obigen Voraussetzung entsprechenden Harmonie, daher wir nicht umhin können, zwischen ihnen unsere Wahl zu treffen. Und untersuchen wir, welches von beiden im Falle einer Divergenz als das ausschlaggebende zu betrachten sei, so werden wir durch die herrschenden Anschauungen und

einen eingewurzelten Sprachgebrauch auf die Natur der geschützten Interessen hingeführt. So betrachten wir das Eigenthum einer Person als ihr Privatrecht, weil in ihm sein Einzelinteresse Einzelinteressen gegenüber geschützt ist, und betrachten es so auch dort, wo dieselbe als Kind noch nicht oder als ein dem Irrsinn Verfallener nicht mehr berufen ist an der Realisirung des Rechtsschutzes sich in massgebender Weise zu betheiligen. Umgekehrt bezeichnen wir die Rechte, welche den Einzelnen den staatlichen Behörden gegenüber verliehen sind, als Rechte öffentlich-rechtlicher Natur auch dort, wo den Interessenten eine förmliche Mitwirkung bei dem Schutze dieser Rechte eingeräumt ist (Thon S. 129 f.). Ebenso fällt es Niemandem ein, die Rechte von Behörden, politischen Körperschaften etc. dann als Privatrechte zu bezeichnen, wenn diesen Behörden oder Körperschaften ein entscheidender Einfluss auf die Verwirklichung des verheissenen Rechtsschutzes eingeräumt ist. Damit soll nun aber die gewöhnliche Unterscheidungsweise und die bekannte römische Definition (Privatrecht — *quod ad utilitatem singulorum spectat*, öffentliches Recht — *quod ad statum rei publicae*), welcher jene sich anschliesst, keineswegs als „völlig zureichend" (Bruns) anerkannt werden. Unzureichend ist diese Definition vielmehr insofern, als sie das Privatrecht nicht auf den Schutz der Einzelinteressen Einzelinteressen gegenüber beschränkt, insofern, als sie ferner das für das Privatrecht charakteristische Verhältniss zu den Einzelinteressen (als dem entscheidenden Masse) nicht genügend bestimmt. Auch Normen des öffentlichen Rechts können bezwecken, Privatinteressen zu schützen, ohne dass daraus den Trägern dieser Interessen Privatrechte erwachsen (Thon 113). Ferner hat diese Definition zur Verkennung der elementaren Wahrheit beigetragen, dass die Normen des Privatrechts, obgleich sie in den Verhältnissen der Einzelinteressen zu einander ihren unmittelbaren Gegenstand haben, doch wie alle Rechtsnormen Grund und Mass und letzten Zweck in allgemeinen Interessen suchen und ein Ausdruck von solchen sind (vgl. Thon S. 110 etc.). Auch das hier Vorgebrachte kann nicht den Anspruch erheben, eine erschöpfende Bestimmung der streitigen Begriffe zu enthalten. Genug, dass ihre Ele-

mente bezeichnet sind. Es bleibt übrig, das Verhältniss zwischen diesen näher zu charakterisiren.

Noch ist dem Standpunkt Thon's eine Concession zu machen.

Die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung konnte als ein unterscheidendes Merkmal des Privatrechts nicht anerkannt werden. Ueberhaupt erschien es unthunlich, bei der Definition desselben auf die Formen des Rechtsschutzes Bezug zu nehmen. Damit ist nun aber nicht gesagt, dass die Natur des Privatrechts und bzw. der in ihm geschützten Interessen sich völlig indifferent verhalte in Bezug auf diese Formen. Vielmehr entsprechen derselben gewisse Formen in höherem Masse als andere. Zunächst entspricht es ihr, dass dem Berechtigten, insoweit er dazu als befähigt erscheint, eine entscheidende Einflussnahme auf die Verwirklichung des Rechtsschutzes gewährt wird. Unter den möglichen Formen solcher Betheiligung entspricht ihr dann ohne Zweifel am vollständigsten diejenige des privatrechtlichen Klagerechts; wie es sich denn von selbst versteht, dass die Vorherrschaft dieser Form, sowie diejenige anderer Formen im Bereiche der privatrechtlichen und bzw. civilprocessualischen Normen ihren Grund in der Natur der Interessen habe, welche diese Normen im Verhältniss zu einander zu schützen bestimmt sind.

Wenn sonach dem „Anspruch“, d. i. der eigenen Betheiligung an der Rechtsverfolgung, und seinen Arten auch nicht die unmittelbar massgebende Bedeutung für das System der juristischen Begriffe zukommt, welche ihnen bei Thon beigemessen wird, so hängen sie doch mit den zuhöchst massgebenden Verhältnissen in einer Weise zusammen, welche innerhalb der allgemeinen Rechtslehre eine nicht blos beiläufige Berücksichtigung fordert.

Aus den speciellen Erörterungen Thon's über diesen Gegenstand (5. Cap.) hebe ich Weniges hervor. Der Anspruch besteht nach ihm, seiner im Eingange dargelegten Grundansicht gemäss, einzig und allein in dem Lebendigwerden neuer oder in dem Wegfall bisheriger Normen. Letzteres z. B. bei der erlaubten Selbsthilfe, ersteres u. A. bei dem Klagerechte. Jeder Anspruch erweitert entweder die Handlungsfähigkeit oder die rechtliche Macht seines Trägers und ver-

folgt den gleichen Zweck wie die Norm, deren Uebertretung die Voraussetzung seiner Existenz bildet. Was speciell das Klagerecht betrifft, so hat dasselbe zum Inhalte die Macht, für den Eintritt der Imperative, welche bestimmten staatlichen Organen die Gewähr von Rechtshilfe befehlen, die Vorbedingung zu setzen. Richtiger würde es hier heissen: eine Vorbedingung zu setzen, da die richterliche Pflicht zur Hilfeleistung an Bedingungen geknüpft ist, welche mittelst des Klagerechts nicht ohne Weiteres in die Macht des Berechtigten gestellt sind. Diese correctere Fassung findet sich auch als eine eventuell geltend zu machende S. 233, Anm. 15 (vgl. S. 234) aufgeführt. Diese Definition des Klagerechts und der damit behauptete causale Zusammenhang zwischen dem Privatrechte und der von dem Richter gewährten Rechtshilfe werden in eingehenderer Weise gegen Sohm, welcher diesen Zusammenhang leugnet, vertheidigt. Wenn der letztere unter den Bedingungen, von welchen die Pflicht des Richters zur Verurtheilung abhängig ist, die materielle Berechtigung des Klägers nicht finden, und als entscheidend allein die processualischen Bedingungen gelten lassen will, so ist dies m. E. ebenso einseitig, als wenn diese letzteren Bedingungen ignorirt werden. Mit Recht nimmt Thon hier Bezug auf die Strafrechtspflege. Der Sohm'schen Ansicht würde es entsprechend sein, auch hier unter den Bedingungen, von welchen Verurtheilung und Bestrafung abhängig sind, die materiellen Bedingungen und damit auch das Verbrechen zu streichen. Damit aber würde jede Möglichkeit, die Bestrafung von Verbrechern zu begründen, beseitigt sein. Was aber die besonderen processualischen Bedingungen betrifft, von welchen die civilgerichtliche Hilfe abhängig ist, so weisen auch sie auf die Natur der im Privatrechte geschützten Interessen (und bzw. die Stellung des Staates zu denselben) zurück, so dass der Zusammenhang zwischen materiellem und formellem Rechte auch hier als ein ungebrochener sich darstellt.

Für die Gewährung von Rechtshilfe ist allerdings überall das öffentliche Interesse entscheidend. Hier ist ein Punkt, wo wir mit Sohm zusammentreffen. Dasselbe bestimmt *in thesi* ausschliesslich die Bedingungen rechtlicher und thatsächlicher, materiell-rechtlicher und processualischer Art, unter

welchen zu Gunsten Jemandes der gerichtliche Zwang eintreten soll. Aber es fehlt hier am Gegensatze. Das Gleiche gilt in Beziehung auf Alles, was Privatrechte zu Rechten macht, insofern die Bedingungen, unter welchen individuelle Interessen als Rechte anerkannt und Dritten deren Achtung auferlegt wird, in der gleichen Weise von dem öffentlichen Interesse an die Hand gegeben werden. Dies schliesst nicht aus, dass *in hypothesi* die That des Einzelnen, indem sie eine jener Bedingungen verwirklicht, entscheidend wirke, und diesen im Besitze einer Macht, die Organe des Staates zu seinem Schutze in Bewegung zu setzen, erscheinen lasse. Eine derartige Macht aber bildet den Inhalt des Klagerechts.

Dieser Auffassung entspricht, was Thon über den letzteren vorbringt, und so treffe ich nach längerem Hadern hier auf einem Boden gemeinsamer Anschauungen mit ihm zusammen.
